

政府採購得標廠商應進用一定比例原住民案

—釋字第719號解釋與評析

編目：憲法

<摘要>

原住民族工作權保障法第12條第1項、第3項及政府採購法第98條規定政府採購得標廠商於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用不得低於總人數百分之一之原住民員工，未達標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金部分，尚無違背憲法第7條平等原則及第23條比例原則、憲法第15條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨。

關鍵詞：平等原則(優惠性差別待遇)、比例原則、工作權及財產權

一、解釋文及解釋理由書重點摘述

- (一)系爭規定要求國內員工總人數逾一百人以上之政府採購得標廠商(下稱得標廠商)，於履約期間須進用原住民總人數不得低於百分之一(下稱進用一定比例之原住民)，係對其是否增僱或選擇受僱對象等營業自由形成一定限制，侵害其財產權及其與工作權內涵之營業自由。而得標廠商未達進用原住民之標準者須繳納代金，則屬對其財產權之侵害。
- (二)憲法第5條規定：「中華民國各民族一律平等。」憲法增修條文第10條第12項並規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展……。」系爭規定係立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，亦符合國際保障原住民族之精神(原住民族工作權保障法第一條、聯合國原住民族權利宣言(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007)第21條第2項前段：「各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善」及國際勞工組織原住民和部落人民公約(Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169))第20條第1項：「各國政府在適用於一般勞動者之法律無法對原住民族提供有效保障之情形，應於各該國

法令架構下，與原住民族合作，採行特殊措施，以確保原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上得到有效保障」參照)。是系爭規定係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當。

(三)系爭規定固然限制得標廠商之財產權及營業自由，然其僅係要求該廠商於其國內員工總人數每逾一百人者，應於履約期間僱用原住民一名，進用比例僅為百分之一，比例不大，整體而言，對廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞；如未進用一定比例之原住民，亦得按每月基本工資為標準繳納代金代替，對於得標廠商營業自由之限制並未過當。又系爭規定並非規定得標廠商一律須繳納代金，而僅係於未進用一定比例之原住民時，始令得標廠商負繳納代金之義務；至代金是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估。參諸得標廠商之繳納代金，係用以充實原住民族綜合發展基金之就業基金，進而促進原住民就業，改善其經濟與社會狀況，系爭規定就有關得標廠商繳納代金之規定，對得標廠商財產權之限制，與其所維護之公共利益間，尚非顯失均衡。綜上，系爭規定並未牴觸憲法第23條之比例原則，與憲法第15條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。

(四)基於上開憲法暨憲法增修條文之意旨，國家具有保障扶助並促進原住民族發展之義務。系爭規定乃規範於政府採購制度下，以國內員工總人數是否逾一百人為分類標準，使逾百人之得標廠商，於履約期間負有進用一定比例原住民，以及未達比例者須繳納代金之義務，在政府採購市場形成因企業規模大小不同而有差別待遇。按系爭規定所以為差別待遇，係因國內員工總人數逾百人之廠商，其經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用原住民以分擔國家上開義務之能力較高；且系爭規定所為進用比例為百分之一，以百人為差別待遇之分界，其用意在降低實現前開目的所為差別待遇造成之影響。至於此一差別待遇對於目的之達成，仍應有合理之關聯，鑑於現今原住民所受之教育及職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力處於相對弱勢，致影響其生活水準，其所採取之分類與達成上開差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，與憲法第7條平等原則亦無牴觸。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

二、本號解釋評析

爭點	評析內容
<p>平等原則的 審查</p>	<p>(一)蘇永欽大法官所提意見</p> <p>1.本案與釋字 649 號解釋均涉及優惠性差別待遇。綜合以下 5 個因素加以比較，本席認為本案所涉的優惠性差別待遇，從平等原則的觀點來評價其影響，在重大性上確實應該比釋字第 649 號解釋處理的情節要輕一點，但差距應該未達可由中度標準降到低度標準的程度：</p> <p>(1)視障人民和原住民族剛好都可以找到憲法和國際人權法的支持，前者見於憲法第 155 條、憲法增修條文第 10 條第 7 項以及聯合國身心障礙者權利公約，後者則見於憲法第 5 條、憲法增修條文第 10 條第 12 項以及聯合國原住民族權利宣言、國際勞工組織原住民和部落人民公約，可說旗鼓相當。</p> <p>(2)就落入差別待遇對象所具特徵，和此一待遇可被合理化的理由之間有多大的直接關聯，有從個人或集體的特徵來區分視障者的弱勢和憲法要求。對視障者加以照顧，兩者間即有較高的直接性—再有錢的視障者其生存仍有很大的需要特別扶助的欠缺。相對而言，以整個原住民族為對象，而要求加以照顧，此一單純源於血統的特徵和照顧合理性之間的直接性就容易受到質疑。因我國憲法要求民族間實質平等，如以憲法第 169 條所彰顯者，來讀憲法增修條文第 10 條第 12 項，應認為對視障者和原住民的優惠性待遇可以作相同的評價。</p> <p>(3)視障及血緣均具特徵之不可轉移性。</p> <p>(4)從優惠性差別待遇所生影響的方式和程度來觀察。強制特定廠商進用一定比例原住民員工，屬針對性歧視(即特定廠商)，但僅影響特定廠商資源使用上的排序；而視障者得獨占按摩行業，即使並非針對性的歧視(由所有非視障者共同承擔資源使用上的排擠)，但已剝奪所有其他人從事按摩業的機會，影響程度較前者為大。</p> <p>(5)跳脫此一平權措施的可能性。非視障者仍有許多別的選擇，仍有跳脫不公平待遇的機會，只是對於少數人而言，按摩所需的訓練和工作條件和多數工作相比確實較低，因此仍屬相當重要的工作選擇的剝奪。而對於得標廠商的僱用強制，基本上是經過計算的志願受歧視，因此其對平等的影響應該較低。</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

平等原則的
審查

2. 中度審查仍可通過

中標的審查，必須對規範領域可能因該優惠性差別待遇受到的影響，包括對應受保護者的「加」，和因此受到歧視者的「減」，作整體的評價。比如認定「要求該廠商於其國內員工總人數每逾 100 人者，應於履約期間僱用原住民 1 名，進用比例僅為 1%，比例不大，整體而言，對廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞。」這是對受到針對性歧視的廠商「減」的部分。

據內政部到民國 103 年第 7 週的統計，原住民到去年底的總人數占臺灣地區總人數的 2.28%，而且比重還逐年上升。若加上勞動力參與率的觀察，根據行政院原住民族委員會 102 年第 4 季的就業狀況調查報告，臺灣地區原住民的勞動力參與率與一般民眾相較，去年 12 月就以 58.89% 高於後者的 58.55%，根據這樣的調查可知，1% 的強制僱用比率應該確實不高，整體影響不會太大。

當然以強制僱用為積極平權手段，是否正確，對於原住民族的弱勢結構能不能真正有效的改善（「加」），也是對所謂有無「實質關聯」不能不考察的地方。美國法院對於這類平權措施正當性的審查因為採嚴格標準，必然要對非裔公民失業率加以調查，目前所見原住民的失業率與整體失業率相較，並不特別高，但是否顯示此類措施的多餘或不公平，恐怕還言之過早。前揭原民會報告顯示，原住民從事的工作有相當高的比例屬於非典型工作，包括部分工時、定期契約和政府僱用的臨時工，原住民認為政府提供臨時工作對於生活有幫助的比例高達 95.42%，也許正說明系爭法律的平權措施，至少在經濟上對於提高原住民的就業是有幫助的。

整體而言，原住民社經地位的弱勢尚未發生本質的改善，根據原民會委託全國意向顧問公司所作的民國 99 年原住民經濟狀況調查，原住民家庭每人每月最低生活費低於我國貧窮線以下達 58.2%；原住民家庭平均年收入與全體家庭平均年收入相較，仍僅為後者的 0.463 倍；原住民家庭的扶幼比為 35.9%，超出全體家庭的 21.6%，扶老比為 21.8%，也高於全體家庭的 14.6%。因此即使採中度標準的審查，系爭法律應該也可以通過平等原則的審查。（編按：蘇老師在此以相當實際的統計數據分析方式進行論述，其論證非常具體明確，值得作為寫作之參考）

(二) 林錫堯大法官所提意見

1. 系爭規定之保障手段，是否及如何侵害第三人之基本

平等原則的
審查

權？是否違反平等原則或比例原則而逾越執行國家保護義務之界限？

(1)系爭規定雖係對「依政府採購法得標之大規模廠商」課予僱用原住民或繳納代金之義務，顯然使「大規模廠商」於參與政府採購投標時，事實上處於不平等之不利地位，造成「大規模廠商」於參與政府採購投標時之特別負擔，形成「參與政府採購投標廠商」之間之不平等地位，對「大規模廠商」之營業自由與契約自由構成「直接的事實上侵害」。因系爭規定直接造成之「事實上不利影響」，當可認係「基本權侵害」，且此種情形，事實上使採購機關未能運用「大規模廠商」之資源，以實現其行政目的，於公益亦屬不利。

(2)侵害「大規模廠商」營業自由與契約自由之差別待遇手段，其「差別待遇之目的」為何？是否正當？顯然不能僅以國家保障原住民族為「差別待遇之目的」，更遑論「差別待遇之目的」是否具備正當性，仍有待檢驗。再者，如何認定系爭規定所採差別待遇之手段具有憲法上正當理由？顯然亦不能僅以國家保障原住民族之目的，逕認其所採之手段具有憲法上正當理由。又關於此一問題之判斷，為何以「所採取之分類手段」與「差別待遇之目的」之間具有「合理之關聯性」為基準，而非以有「實質之關聯性」為基準？又如何認定上開二者具有「合理之關聯性」？這些問題，解釋理由書第五段雖有觸及，但仍未充分明確說明，尚不足證明系爭規定所採行之差別待遇手段具有憲法上正當理由。

(3)立法者並非不能採取其他不違反平等原則之更適當手段（例如：以得標金額一定比例之金額作為認定其義務之基準，並分別情況採行適當之要求或措施），來達成保障原住民族工作權之目的。系爭規定既以差別待遇手段侵害「參與政府採購投標之大規模廠商」之營業自由與契約自由，且無憲法上正當理由，自屬違反平等原則，而不符憲法保障營業自由與契約自由之意旨。

2.系爭規定與相關條文適用結果，有致「個案過苛」而嚴重侵害「依政府採購法得標之大規模廠商」財產權與營業自由之情形，已逾越執行國家保護義務之界限，就此而言，有違比例原則。

(1)系爭規定與相關條文適用之結果，對「依政府採購法

平等原則的
審查

得標之大規模廠商」課予僱用原住民或繳納代金之義務，即不論得標金額多少，均依其原來規模（廠商之國內員工總人數）之大小，使其負擔僱用原住民應支出或應繳納代金之一定金額支出，其得標金額愈小，相對地因其得標而固定應支出或繳納之金額之比例愈高，甚至有應支出或應納代金之金額高於得標金額數倍乃至數拾倍之情形（此可參酌釋憲聲請書及其附表所述，並查考相關之行政院訴願決定書、行政法院判決書而知），對「依政府採購法得標之大規模廠商」形成「個案過苛」，當非憲法增修條文第10條第12項保障原住民族之本意，顯已逾越執行國家保護義務之界限，核諸狹義比例原則要求公權力行為所欲達成目的之公益（保障原住民族工作權）與因而侵害人民權利之程度（得標之大規模廠商之財產損失）之間，應有適當比例關係之標準以觀，顯然造成得標之大規模廠商不成比例之負擔，嚴重侵害其財產權與營業自由，自有未合。就此而言，系爭規定與相關條文均有違比例原則。

- (2)多數意見對於因系爭規定與相關條文適用之結果，事實上造成對「依政府採購法得標之大規模廠商」個案過苛，而侵害其財產權與營業自由之情形，未能探究其侵害之嚴重性與非單一性，並依往例宣告系爭規定與相關條文違憲而應定期失效，以促立法者儘速妥適修法，卻以檢討改進之釋憲模式，僅要求立法者應有適當之減輕機制，不僅有未竟其功之憾，且因其肯定系爭規定之合憲性，而未務實面對問題，提出切合實際之憲法上要求，徒增未來修法之困難。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！